

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

ISSN 1807-779X  
Edição 203 - Julho de 2017  
R\$ 16,90

CLAUDIO LAMACHIA, PRESIDENTE NACIONAL DA OAB

## FORA DA LEI NÃO HÁ SOLUÇÃO!

Encarte Especial: "A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ"

# Os impactos das alterações das condições econômicas e de mercado vigentes à época do Edital de Concorrência

**Rodrigo Tavares Maciel** | Diretor jurídico da RioPar Participações S.A.

**Bruna Celeste** | Coordenadora jurídica da RioPar Participações S.A.

Ao decidir participar de uma concorrência pública para prestação de serviço público, a empresa privada assume integralmente o risco de execução do serviço adequado almejando um determinado lucro. Para tanto, são realizados estudos detalhados de mercado, incluindo as condições do momento do certame e as perspectivas futuras, que justificam a participação do particular e dão base às propostas apresentadas.

No caso do setor de transporte, os participantes do certame concorrem com o objetivo de serem delegatários da operação do serviço público de transporte de passageiros de uma determinada região por longo período, em média são contratos de 25 anos, que pressupõem robustos investimentos em contrapartida da demanda existente e da sua previsão de crescimento (lembrando que o concessionário é remunerado pela tarifa pública paga pelo usuário).

Nos últimos anos, tem-se observado completo desrespeito pelo Poder Concedente aos concessionários de serviço público em geral, seja pela falta de previsibilidade das políticas públicas, seja pela inobservância aos contratos de concessão, o que leva a um perigoso ambiente de insegurança das relações contratuais, em especial aos contratos celebrados com o poder público. Esses contratos, chamados de “contratos administrativos”, possuem regras rígidas que restringem a readequação das condições contratuais e são detentores de cláusulas exorbitantes.

Diante desse cenário de instabilidade política e econômica, fica evidente a preocupação com

as possibilidades de manutenção da prestação do serviço público pelo concessionário, que vem sofrendo de forma severa com as modificações impostas pelo Estado ao ponto de, em casos mais críticos, inviabilizar a prestação do serviço e gerar o encerramento das atividades de muitas empresas.

Tem-se como regra que as concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, por meio dos quais a Administração (Poder Concedente) transfere a um particular (concessionário) a realização e a exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se por meio da cobrança de uma tarifa paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo Poder Concedente de acordo com as premissas estabelecidas no Edital de Licitação<sup>1</sup>. Assim, é papel preponderante do Poder Concedente, sempre na medida do possível, manter as condições da época do Edital de Licitação que levaram as empresas privadas a concorrer e a apresentar propostas que tivessem como fundamentos estudos financeiros que justificassem a operação do serviço público.

É de conhecimento geral que as contratações pelo poder público são, como regra, precedidas de licitação pública<sup>2</sup>, uma vez que é obrigação do administrador público buscar a melhor proposta à plena satisfação do interesse público. Assim, os interessados que almejam contratar com a Administração Pública devem estudar minuciosamente o edital para analisar a viabilidade de sua participação no certame e mensurar os custos com a execução do serviço e os lucros



Rodrigo Tavares Maciel e Bruna Celeste Celeste

almejados. Logo, a proposta do licitante é realizada de acordo com as condições previstas no instrumento convocatório e na situação econômica e de mercado vigente à época de seu lançamento.

Não obstante, é normal, em especial nos contratos de longa duração, que a situação econômica e de mercado seja alterada com o passar do tempo, o que, naturalmente, acaba por impactar as relações e as condições contratuais. Nesse sentido, em razão de o contrato ser comutativo, devem existir mecanismos que garantam o equilíbrio entre as obrigações avençadas, de modo que sejam protegidos os interesses das partes, assim como os princípios da razoabilidade e, principalmente, da segurança jurídica. Naturalmente, essa ideia de respeito ao equilíbrio contratual está intrinsecamente ligada ao princípio da justiça contratual, que deve existir da relação jurídica, sendo aquele uma espécie deste.

Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>3</sup>:

Já percebemos a maior amplitude do princípio da justiça contratual em cotejo com o do equilíbrio contratual. Esta ideia especifica aquela, afinal é a imprescindibilidade da justiça contratual que leva o magistrado a conceder um equilíbrio mínimo entre as prestações cambiadas pelas partes. Por outro lado, é pelo equilíbrio contratual que se alcança a finalidade de circulação de riquezas de forma justa. No estudo restrito do equilíbrio contratual, prevalece a equivalência material, jungida pela igualdade de encargos e benefícios nas prestações correlatas.

Sendo assim, cabe ao Poder Concedente manter as condições previamente acertadas para a manutenção da devida prestação do serviço público, ou, na hipótese de desequilíbrio, deve ser utilizada medida permissiva de reequilíbrio diante do rompimento da equação econômico-financeira do contrato.

Vale lembrar que, em observação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital é a lei interna da licitação que deve ser respeitada pelo poder público e pelos licitantes não só durante a fase da concorrência, como também ao longo da vida do contrato<sup>4</sup>. Como ensina José Cretella Júnior, “vincula-se o contrato às normas contidas no Edital, dando agasalho à proposta vencedora, integralmente, para a garantia de ambas as partes”<sup>5</sup>.

Nesse sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça:

ROMS. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO EDITAL PELA EMPRESA RECORRENTE. DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA SOB O CRIVO DA LEGALIDADE.

I - O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público.

II - Se o Recorrente, ciente das normas editalícias, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação,



ao deixar de atendê-las incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu. III - Recurso desprovido.<sup>6</sup>

Na mesma linha de raciocínio, prevê o artigo 41 da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do Edital ao qual se acha estritamente vinculada.”

Assim, o Estado deve pesar entre o interesse público e a manutenção e o respeito aos contratos administrativos celebrados. No caso específico do setor de transporte, ao alterar a organização do transporte público de uma localidade, criando novos modais ou ampliando o número de competidores para atender ao mesmo público, não restará dúvida de que as condições vigentes à época da licitação serão modificadas e, assim, poderão causar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado ou, até mesmo, inviabilizar a própria prestação do serviço público pelo concessionário afetado.

Por outro lado, a implantação de mudanças pelo Poder Concedente ao longo da execução de um contrato de longo prazo de prestação de serviço público pode acontecer, inclusive, para viabilizar o crescimento e o desenvolvimento da própria região que abrange a concessão. Não há, portanto, qualquer tipo de oposição às mudanças e à própria evolução do Estado, garantida pelo Poder Concedente a toda população, somente pelo fato de haver um contrato administrativo em curso com previsão diversa. No entanto, é essencial que o Estado, da mesma forma que planejou as modificações em benefício da própria sociedade, também avalie os impactos e garanta a viabilidade da prestação do serviço concedido para exercício do particular e promova a devida revisão contratual em observação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesse contexto, no ordenamento jurídico existem instrumentos que podem e devem ser utilizados como forma de dar efetividade ao texto constitucional quando assegura às partes de um contrato administrativo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre o poder público e o particular, dando ênfase ao instituto da revisão contratual.

A revisão, prevista nos artigos 58, § 2º, 65, II, “d” e § 5º e § 6º, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 9º, § 4º da Lei nº 8.987/95, deve ser considerada como o instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato incidente sobre fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, não imputáveis ao contratado. Essa é a principal característica que a distingue do reajuste, pois este decorre de evento previsível, de impactos calculáveis pelas partes, que é justamente a variação inflacionária. A revisão do contrato, conforme anteriormente esclarecido, é

decorrente de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis.

Cumpra ressaltar que a revisão do contrato prescinde de previsão no edital ou no contrato, vez que seu fundamento decorre do texto constitucional que assegura a manutenção das condições efetivas da proposta no momento da licitação.

Além disso, também não é preciso que se respeite periodicidade mínima para a revisão, bastando assim a ocorrência do fato gerador que tenha causado álea extraordinária. Diante dessa característica, ainda que o pedido da contratada e a aceitação da Administração ocorram tempos depois, sua concessão terá efeitos retroativos, retrocedendo à data da realização do evento fato gerador.

É certo que no direito brasileiro consagrou-se a máxima do princípio da *pacta sunt servanda*, o qual impõe aos contratados executar suas obrigações nos exatos termos estabelecidos no instrumento contratual<sup>7</sup>. Todavia, tal regra não pode ser interpretada de forma absoluta, devendo assim conjugá-la com outros institutos jurídicos, entre eles a cláusula *rebus sic stantibus*, que determina às partes a obrigatoriedade de execução das obrigações contratuais enquanto perdurarem as condições existentes no momento da contratação.

É importante destacar que a revisão pode ser decorrente de ato ou fato da Administração contratante, assim como por vontade alheia às partes. Desse modo, não obstante à causa que tenha gerado o desequilíbrio na relação entre as partes, a revisão do contrato é uma consequência inafastável.

Conquanto a Administração, em razão das cláusulas exorbitantes, tenha a faculdade de alterar unilateralmente o contrato<sup>8</sup>, a Lei nº 8.666/93 estabelece que, em tais situações, deve haver revisão do contrato, de modo que seja mantido seu equilíbrio econômico-financeiro<sup>9</sup>.

Nos casos em que as condições contratuais sofrem alteração por vontade alheia às partes, ocorre a chamada “teoria da imprevisão”, consagrada na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93<sup>10</sup>, que pode se dar por motivo de caso fortuito ou de força maior (parágrafo único do art. 393 do Código Civil); decorrente do fato do príncipe (oriundo de determinação geral que onera excessivamente uma das partes do contrato), fato da Administração (praticado pela autoridade não como “parte” no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, pratica ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato)<sup>11</sup>.

Destarte, para a concessão da revisão, que pode ser econômica ou sobre as condições do contrato, não basta a mera ocorrência de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis. De acordo com a lei, é imprescindível que o fato gerador

tenha ocasionado uma álea econômica extraordinária (elevação dos custos que extrapolam a situação de normalidade) e extracontratual (não pode ser praticada por qualquer uma das partes do contrato).

Nesse sentido, em relação aos contratos de concessão de transporte público, a decisão do Poder Concedente em aumentar a oferta de serviços à população, por exemplo, a inclusão de outros modais de transporte que atendam o mesmo público que, na época do certame licitatório, era direcionado ao modal que participou da concorrência, gera, de forma inquestionável, mudanças nas condições do contrato. Isso porque diminuirá a receita do concessionário, já que afetará diretamente a quantidade de passageiros que fazem uso dos seus coletivos.

Verifica-se, portanto, uma hipótese de revisão do contrato pela ocorrência do fato de a Administração, porquanto o Poder Concedente, embora não como “parte” do contrato, praticar ato que repercute diretamente no lucro calculado pelas concessionárias no momento em que ofereceram sua proposta no certame licitatório, porque diminui o número de passageiros do coletivo. Em que pese a lei citar que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas”, a interpretação mais adequada é que se trata de um poder-dever, tendo em vista determinação constitucional de manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 37, inciso XXI).

A diminuição da receita devido ao número inferior de passageiros transportados, portanto, é suficiente para comprovar a existência de fatores externos com impacto direto nas condições pactuadas no contrato e grave risco à sua execução, sendo tal comprovação fundamental para o eventual reconhecimento pelo Poder Judiciário da revisão do contrato.

Sendo assim, diante de uma decisão como a mencionada, ou seja, modificação do cenário de forma unilateral pelo próprio Poder Concedente da época da publicação do Edital de Licitação e da efetiva execução do contrato, é necessário utilizar-se de mecanismos que visam evitar o desequilíbrio contratual, como é o caso da revisão.

No entanto, a revisão do contrato de concessão nem sempre tem o poder de garantir seu equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que o impacto causado pode ter o potencial de inviabilizar a própria prestação do serviço concedido de forma rentável ao concessionário. Assim, cabe ao Estado manter a viabilidade da prestação do serviço público garantindo a manutenção das políticas públicas, a segurança jurídica e as condições vigentes à época do Edital.

Ao promover uma mudança no cenário que tenha potencial de impactar a prestação dos serviços públicos previamente autorizados, o Poder Concedente deve promover estudos e ampla discussão técnica de



CENTRO BRASILEIRO DE  
MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

II CONGRESSO INTERNACIONAL CBMA DE ARBITRAGEM

# O PROCEDIMENTO ARBITRAL

## THE GOOD, THE BAD AND THE USEFUL



10 E 11  
AGOSTO  
2017  
MUSEU DO  
AMANHÃ

INSCRIÇÕES ATÉ 30/06  
PROFISSIONAIS: R\$ 1.000,00  
ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO: R\$ 500,00

CONTATO: (21) 2514-1209 / 2514-1214  
EVENTOS@CBMA.COM.BR

### PALESTRANTES:

.ADRIANA BRAGHETTA	JOHN FELLAS (ESTADOS UNIDOS)
.DES. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA	JOSÉ ANTONIO FICHTNER
.ALVARO PALMA DE JORGE	JOSÉ EMILIO NUNES PINTO
.ANA TEREZA BASÍLIO	JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
.ANDRÉ SMILGIN	JULIE BÉDARD (ESTADOS UNIDOS)
.ANDREA MAIA	JULIO BUENO
.AUGUSTO BARROS DE FIGUEIREDO	.LAURO GAMA JR.
.CAMILA MENDES VIANNA CARDOSO	.LEONARDO VIVEIROS DE CASTRO
.CARLOS ALBERTO CARMONA	.MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO
.CARLOS S. FORBES	.MARC VEIT (SUÍÇA)
.DANIEL CHACUR DE MIRANDA	.MARCELLO GUIMARÃES
.MIN. ELLEN GRACIE NORTHFLEET	.MARCELO ROBERTO FERRO
.FABIANO ROBALINHO CAVALCANTI	.MARIANA FRANÇA GOUVEIA (PORTUGAL)
.FERNANDO SEREC	.MAURICIO GOMM
.FLÁVIO SPACCAQUERCHE	.NADIA DE ARAUJO
.FRANCISCO MÜSSNICH	.OCTAVIO FRAGATA MARTINS DE BARROS
.FRANCISCO PROL (ESPAÑA)	.PEDRO BATISTA MARTINS
.GISELA GADELHA DANTAS	.RICARDO LORETTI HENRICI
.GUSTAVO BINENBOJM	.RODRIGO GARCIA DA FONSECA
.GUSTAVO TEPEDINO	.SERGIO BERMUDEZ
.HERMES MARCELO HUCK	.SOFIA MARTINS (PORTUGAL)
.HUMBERTO DALLA	.VILMAR LUIZ GRAÇA GONÇALVES
.JOÃO BOSCO LEE	
.JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ	
.JOAQUIM FALCÃO	

### FUNDADORES



CNseg



FIRJAN



ACRio



forma a garantir a viabilidade dos serviços públicos previamente concedidos ao setor privado, bem como assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pactuados.

Nesse sentido, o Poder Concedente, ao permitir, ainda que de forma precária, a circulação de milhares de veículos de transporte alternativo na mesma área de atuação de linhas de ônibus anteriormente licitadas, promovendo uma sobreposição dos veículos de transporte e contração de demanda, sem realizar estudos e avaliações sobre os impactos na prestação dos serviços anteriormente licitados, onera de forma considerável e imprevisível o concessionário de transporte público de passageiros e, inclusive, coloca em risco a própria manutenção dos serviços.

Tal prática, ademais, é antagônica ao dever do Poder Concedente, estabelecido na Constituição Federal e na Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana, Lei nº 12.587/2012, de organizar os serviços de transporte público de passageiros de forma a garantir suas eficiência, eficácia e efetividade, a saber:

Art. 5. A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

[...]

IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

II - prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial;

III - capacitar pessoas e desenvolver as instituições vinculadas à política de mobilidade urbana do Município.

Portanto, não resta dúvidas de que é papel do Poder Concedente ser moderador e equalizar os interesses da sociedade e o direito dos concessionários de prestar serviço adequado mediante lucro razoável. Assegurar a perenidade das políticas públicas é essencial para a preservação do investimento privado, assim como garantir a segurança jurídica nas relações contratuais, inclusive nos contratos administrativos.

A segurança jurídica, como princípio constitucional e preocupação do legislador infraconstitucional no ordenamento jurídico pátrio, deve ser observada pelo Poder Concedente, pelos concessionários de serviço público e pela própria sociedade, ao exigir do Estado a prestação do serviço público adequado, conforme previsto nos contratos administrativos, sem a interferência de decisões políticas que possam gerar prejuízos não só aos concessionários, mas também a toda a população, destinatária final dos serviços públicos.

## Notas

<sup>1</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações*. 3. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 80.

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...].

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 4. ed. Salvador-BA: Juspodivm, 2014. p. 228.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 30.

<sup>5</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 442.

<sup>6</sup> STJ, RMS 10847 / MA, Rel. Laurita Vaz.

<sup>7</sup> Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

<sup>8</sup> Art. 58. Lei nº 8.666/93. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

<sup>9</sup> Art. 58, § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. [...]

Art. 65, § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

<sup>10</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

## Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*.

BRASIL. Lei Nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.